



Cartagena de Indias D.T y C., treinta (30) de agosto de dos mil dos mil diecinueve (2019).

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-008-2017-00185-01
Demandante	LUÍS AGÁMEZ ALMAZO
Demandado	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Reliquidación pensional docente – aplicación del precedente jurisprudencia SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado – régimen aplicable a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003.</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 23 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por LUÍS AGÁMEZ ALMAZO, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra del NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

2.1. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor LUÍS AGÁMEZ ALMAZO, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Fols.1-13 Cdno 1



2.2. Pretensiones

"1. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 160 del 03 de febrero del 2017, expedidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Oficina Regional de Bolívar por la cual "se reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación a LUIS CARLOS AGAMEZ ALMAZO, con cédula de ciudadanía 12.558.344 de Mahates (Bol).

2. Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho se declare que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe reconocer y pagar a(Sic), pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el año anterior al status de pensionado.

3. Inaplicar por inconstitucional el Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, artículo 3º, por violar ostensiblemente la Constitución Política de Colombia, artículo 53 y Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2º, literal b.

4. Que sobre la mesada resultante se hagan los reajustes pensionales de Ley, conforma a la Ley 71 de 1988.

5. Condenar igualmente a la entidad demandada, a reconocer, liquidar, y pagar los intereses en mora, sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispone el artículo 195 del C.C.A.

6. Condenar igualmente a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina regional de Bolívar, a que de estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone al artículo 195 del C.P.A.CA (Ley 1437 de 2011) y siguientes.

7. Se condene en costas a la demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.C.(Sic)(Ley 1437 de 2011)"

2.3 Hechos

El señor LUIS CARLOS AGÁMEZ ALMAZO, nació el 4 de octubre de 1961 y prestó sus servicios por más de 20 años como docente municipal; que mediante Resolución No. 160 del 3 de febrero de 2017 se le reconoció la pensión de jubilación en cuantía de \$2.102.475, efectiva a partir del 5 de octubre de 2016.

Afirma el demandante que para la liquidación de su pensión de jubilación, únicamente se le tuvieron en cuenta la asignación básica mensual, la prima de vacaciones, sobresueldo, prima de clima, prima de escalafón y prima de grado; sin embargo, no fueron incluidos los demás factores a los que tenía derecho tales como la prima de navidad, bonificación mensual y prima de servicios.



13-001-33-33-008-2017-00185-01

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Constitución Política, art. 1, 2, 3, 5, 6, 13, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336
- Ley 31 de 1989
- Ley 33 de 1985
- Ley 62 de 1985

2.4.1. Concepto de la violación

Expone el demandante, que la regla general establecida en la Constitución Política en su artículo 53 es la prohibición de menoscabar o desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores, principio que se reitera en la Ley 4 de 1992 en su artículo 2º literal a que proclama que en ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.

Que las diferentes normas legales tales como la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Ley 115 de 1994, Ley 812 de 2003 han respetado el régimen prestacional de los docentes vinculados sin desmejorarle alguna situación; cambiando lo anterior para aquellos que se vincularan con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma en turno.

2.5 Contestación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio²

La entidad accionada dio contestación a la demanda, manifestando que se oponen a las pretensiones de la misma, aduciendo que los actos administrativos que reconocen la pensión del actor gozan de presunción de legalidad, la cual no es desvirtuada en el proceso.

Afirma que la pretensión del demandante no se encuentra ajustada a derecho puesto que, no es viable conforme a la ley el reajuste pensional con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no se ha cotizado durante el año status de la pensión.

Igualmente, señala que la liquidación de la pensión contenida en la Resolución objeto de nulidad, se efectuaron de conformidad con la Ley 33 de 1985, por tanto, una vez el demandante acreditó los requisitos de edad y tiempo transcritos en la norma, le fue reconocida la pensión en vigencia del Decreto 3752 de 2003 que establece que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003

² Fols. 37-49 Cdno 1





13-001-33-33-008-2017-00185-01

y cuyo pago este obligado el FOMAG no podrá ser diferente la base cotización sobre la cual realizó aportes el docente.

Como excepciones propone la ineptitud de la demanda, no agotamiento de la vía gubernativa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de legitimación por pasiva, compensación y la excepción genérica.

III. - SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia de 23 de abril de 2018, el Juez Octavo Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones del accionante.

Al respecto sostuvo que, la Corte Constitucional en Sentencia SU 395 de 2017 manifestó que de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el Acto Legislativo 01 de 2005 y los principios del sistema de seguridad social de pensiones, en especial los de sostenibilidad financiera, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL y por tanto el régimen de transición no reconoce el IBL y los factores salariales que estaban previstos con anterioridad a la Ley 100.

Que luego de analizar el expediente, el Despacho no encontró prueba siquiera sobre los aportes realizados por el actor, respecto a los factores que reclama, por lo tanto decidió negar las pretensiones de la demanda.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

4.1 Recursos de la parte demandante⁴

Por medio de escrito del 3 de mayo de 2018 la parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando que se debe reliquidar su pensión incluyendo todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior y explica que como sustento de sus pretensiones, está el contenido de la Ley 33 de 1985 después de la calificación que ha hecho el Consejo de Estado de la Sentencia de unificación del 4 de agosto del 2010, donde se ha precisado del alcance del ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria que necesariamente debe comprender todos los elementos que hacen parte de la noción del salario.

³ Fols. 80-86 y vto Cdno 1

⁴ Fols. 88-94 Cdno 1





13-001-33-33-008-2017-00185-01

Que el Juez de Primera Instancia concluyó la existencia de normas especiales que gobiernan el reconocimiento y pago de la pensión del docente haciendo especial alusión a la Ley 812 del 2003 y su Decreto Reglamentario 3752 del mismo año que contiene el IBL de la pensión de los docentes y se reconoce atendiendo requisitos de la edad y tiempo de servicio de conformidad con la Ley 33 de 1985, no así el IBL. Sin embargo, no tuvo en cuenta que para el caso de los docentes la controversia de la aplicación de la Ley 33 de 1985 no se deriva el beneficio de la transición que contiene la Ley 100 de 1993, sino que se tiene un régimen especial que consagra una remisión directa de las pretensiones de los docentes.

Arguye que los docentes quedaron exceptuados de manera taxativa del régimen pensional establecido en la Ley 100 de 1993, lo que quiere decir que le son aplicables las disposiciones establecidas en los sistemas anteriores. Que la Ley 91 de 1989 con la que se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tuvo como fin atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, y allí se estableció la manera como las entidades asumirían la carga prestacional de dicha pensión.

Concluye que como quiera que los ordenamientos que rigen la liquidación pensional del accionante son las leyes 33 y 62 de 1985 para efectos de reliquidar la pensión, tiene derecho a que le sean incluidos todos los factores.

V.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 30 mayo de 2018⁵, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 25 de septiembre de 2018⁶; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 6 de noviembre de 2018⁷.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante: La parte accionante no presentó alegatos de conclusión.

6.2. Alegatos de la parte demandada: La parte accionada no presentó alegatos de conclusión.

⁵ Fol. 2 Cdno 2

⁶ Fol. 4 y vto Cdno 2

⁷ Fol. 8 Cdno 2.



13-001-33-33-008-2017-00185-01

6.3. Concepto del Ministerio Público: No presentó concepto.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.

7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

7.3. Acto administrativo demandado.

Resolución No. 160 de 3 de febrero de 2017⁸, por medio de la cual se reconoce la pensión de jubilación como docente de vinculación municipal al señor Luís Agámez Almazo.

7.4 Problema jurídico.

Procede la Sala a resolver el siguiente problema jurídico, estructurado de conformidad con el recurso de apelación interpuesto, así:

¿Cuál es la norma que rige el salario base de liquidación de la pensión, a los docentes afiliados al FOMAG que se vincularon al servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003?

Una vez resuelto el problema jurídico anterior, deberá esta Corporación determinar *¿Si es procedente la inclusión de la bonificación mensual devengada y cotizada por el actor, como factor salarial de orden legal contenido en el Decreto 1272 de 2015, a pesar de no ser parte de la lista señalada en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 del mismo año?*

7.5 Tesis de la Sala

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda y concederá parcialmente en lo referente al factor salarial "bonificación mensual", solicitado por el actor, para que la pensión sea

⁸ Fols. 15-16 Cdno 1





13-001-33-33-008-2017-00185-01

reliquidadada con inclusión de dicho factor, teniendo en cuenta que tiene un carácter legal señalado en el Decreto 1272 de 2015, en el que el gobierno en el inciso segundo del artículo 1º, señala que constituirá "*factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto*", por ello, se le dará un alcance amplio a la SU del 25 de abril de 2019, en el entendido que, se deben incluir además de los factores enlistados en la Ley 33, modificada por la Ley 62 de 1985, aquellos que siendo de creación legal existió cotización de los mismos, o se debió cotizar sobre ellos.

Ahora bien, respecto de la pretensión de inclusión de los factores salariales devengados por el actor durante el último año de servicio anterior a la obtención del status pensional, referentes a la prima de navidad y prima de servicios, la Sala considera que no tiene derecho. Lo anterior, se encuentra sustentado en la aplicación del precedente jurisprudencial planteado por la Sentencia SU del 25 de abril de 2019 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que estableció el régimen aplicable a los docentes vinculados al FOMAG con anterioridad de la Ley 812 de 2003; así las cosas, la normatividad que regula la situación del actor se encuentra en la Ley 91 de 1989 que remite a la Ley 33 de 1985 para servidores públicos, aduciendo que los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la mesada pensional se encuentran citados en la Ley 33, modificada por la Ley 62 de 1985.

Con el objeto de dar solución a los problemas jurídicos propuesto, es necesario que la Sala analice, lo siguiente: (i) La normativa aplicable para la pensión de los docentes afiliados al FOMAG; (ii) Liquidación pensional en virtud de la Ley 33 de 1985; (iii) Caso concreto; y (iv) Conclusión.

7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

7.6.1 El régimen del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no cobija a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG⁹.

La sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fijó la regla y las subreglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En la misma sentencia la Sala Plena precisó que la regla establecida en esa providencia así como la primera subregla, "no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron

⁹ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.



13-001-33-33-008-2017-00185-01

exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición".

Dicha sentencia no se ocupó del estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al FOMAG, por tanto, no es aplicable y no constituye precedente judicial de los temas pensionales de estos servidores públicos por no tener identificación fáctica ni jurídica¹⁰.

En ese orden de ideas, la SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, señaló que Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por ello, al estar exceptuados del Sistema, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.

7.6.2 Régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial

El Acto Legislativo 01 de 2005 "Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política" en el Parágrafo transitorio 1º, dispuso lo siguiente:

"El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003". (Subrayado fuera del texto)

Es así que, de acuerdo a la norma citada existen dos regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial. Así, según la Sentencia SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, a saber:

"1) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

¹⁰ *Ibíd.*





13-001-33-33-008-2017-00185-01

II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres."

Régimen de pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al FOMAG vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003:

Mediante la Ley 91 de 1989 el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG- como una cuenta especial de la Nación para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.

En ese sentido el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala:

ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...) Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional (...)

El literal B del numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente, por tanto, el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91, es el previsto en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1° señala:

"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio."

Entonces, los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, puesto que, referente a la tasa de reemplazo, la Ley 91 de 1989 dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente.



13-001-33-33-008-2017-00185-01

Ahora bien, en criterio del Consejo de Estado¹¹ los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes al régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 modificadorio del artículo 3° de la Ley 33 de 1985. Así lo estableció en la SU del 25 de abril de 2019, señalando:

"Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

50. El artículo 1° de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y; iii) la base de liquidación de la pensión, que en todo caso corresponderá a "los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

Luego entonces la Sección Segunda del Consejo de Estado¹², acogió el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 para los docentes del servicio público afiliados al FOMAG y vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) y fijó como regla que:

"En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo." (Subrayado fuera del texto)

Concluyendo así, que la regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes¹³ vinculados a partir de 1° de enero de 1981 es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo un (1) año y los factores, únicamente los que se señalan en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985. Por lo demás, se sabe que la

¹¹ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

¹² *Ibidem*.

¹³ Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.





13-001-33-33-008-2017-00185-01

edad mínima solicitada es 55 años, un tiempo de 20 años de servicio y una tasa de reemplazo del 75%.

7.7. Caso concreto.

7.7.1 Hechos relevantes probados.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- El demandante prestó sus servicios como docente de entidad territorial desde el 23 de febrero de 1994¹⁴ y obtuvo el status pensional el 4 de octubre de 2016¹⁵ fecha en la que cumplió los 55 años de edad, con un tiempo de servicio de más de 22 años.
- Mediante la Resolución No. 160 de 3 de febrero de 2017¹⁶ la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional-, le reconoció pensión de jubilación a favor del demandante a partir del 5 de octubre de 2016.
- El tiempo laborado que se tuvo en cuenta para el reconocimiento pensional fue el comprendido entre el 23 de febrero de 1994 y el 4 de octubre 2016¹⁷.
- Los factores que sirvieron de base para la liquidación pensional fueron (i) sueldo básico; (ii) sobresueldos; (iii) prima de clima; (iv) prima de escalafón; (v) prima de grado; y (vi) prima de vacaciones¹⁸.
- Los factores salariales devengados durante el último año anterior al status pensional fueron: asignación básica, bonificación mensual, prima de clima, prima de escalafón, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de grado¹⁹.
- El demandante solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año anterior al status de pensionado²⁰. Como se observa en la Resolución acusada, los factores devengados por el demandante en el último año que no fueron incluidos en la base de liquidación fueron las primas de navidad, bonificación mensual y la prima de servicios.

¹⁴ Fols. 19 del Cdno 1; Formato Único para la expedición de certificado laboral FOMAG

¹⁵ Fols. 15 del Cdno 1; Resolución No. 160 de 3 de febrero de 2017.

¹⁶ Fols. 15 del Cdno 1; Resolución No. 160 de 3 de febrero de 2017.

¹⁷ Ibídem.

¹⁸ Ibídem.

¹⁹ Fols. 17-18 del Cdno 1. Formato único expedición de certificado laboral Consecutivo No. 18477

²⁰ Fols. 2 vto. del Cdno 1





13-001-33-33-008-2017-00185-01

7.7.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Conforme las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que el señor LUIS AGAMEZ ALMAZO, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante Resolución No. 160 del 3 de febrero de 2017, en calidad de docente municipal, tal como se avizora en el cuerpo de la mencionada resolución. Por otro lado, se encuentra acreditado que el último año de servicio anterior al status de pensionado del actor fue el que transcurrió entre el 5 de octubre de 2015 al 4 de octubre de 2016.

En el presente caso, de conformidad con el precedente judicial sentado por el Consejo de Estado mediante la SU del 25 de abril de 2019, a fin de establecer el régimen aplicable, la Sala debe tener en cuenta la fecha de vinculación del señor Luís Agámez Almazo al servicio oficial docente, que de acuerdo a lo probado en el proceso fue el 23 de febrero de 1994.

Según lo anterior, como la vinculación se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable al demandante es el previsto en la Ley 91 de 1989, a diferencia de lo señalado por el Juez de Primera Instancia, el demandante no lo cobija el régimen de transición dispuesto en la Ley 100 de 1993 por expresa disposición legal en su artículo 279, por tanto, tiene derecho a una pensión de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985 de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91.

Ahora bien, una vez determinado el régimen aplicable al actor, las reglas fijada en la sentencia citada, señalan los factores salariales que se deben tener en cuenta para determinar el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 y sobre los cuales se hubieran efectuado los correspondientes aportes, a saber:

- Asignación básica mensual
- Gastos de representación
- Prima técnica, cuando sea factor de salario
- Primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- Remuneración por trabajo dominical o festivo
- Bonificación por servicios prestados
- Remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

Como se muestra, de la lista de factores sobre los que se deben calcular los aportes para los docentes en los términos de las Leyes 33 y 62 de 1985; en el





13-001-33-33-008-2017-00185-01

caso particular del demandante, solo podía incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica, puesto que, de acuerdo a los certificados aportados a folios 17 a 18, los factores relacionados allí no hacen parte la Ley 33, modificada por la Ley 62 de 1985.

De lo anterior, tenemos que el demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación tomando como ingreso base de liquidación de los factores **devengados** en el último año de servicio (prima de navidad y prima de servicios), sobre los que no se efectuaron los aportes al sistema y no están previstos en la Ley 62 de 1985, como fue solicitado en la demanda; sin embargo, encuentra la Sala que frente al factor denominado Bonificación Mensual, se debe acceder a su inclusión puesto que, a pesar de no hacer parte de la lista relacionada en la Ley 33 de 1985, constituye un factor de creación legal mediante el Decreto 1272 de 2015 y por el cual se debieron realizar los correspondientes aportes.

Ahora bien, es cierto que en la sentencia SU del 25 de abril de 2019, el Consejo de Estado señaló que los únicos factores a tener en cuenta para reliquidar las pensiones de los docentes, eran los contenidos en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, el caso objeto de solución en dicha providencia correspondía a una pensión de una docente que no devengaba la bonificación mensual del Decreto 1272 de 2015, sino que correspondía con una situación acaecida en el año 2012, por ello, es dable para esta Corporación, en aras de no vulnerar los derechos fundamentales y pensionales del demandante, darle un alcance amplio a la SU citada, para señalar, que en los casos en que existan factores de origen legal y por los cuales se hayan realizado aportes a pensión o se debían realizar, deberán ser incluidos a fin de liquidar el monto pensional.

Lo anterior, encuentra apoyo en la SU del 28 de agosto de 2018, en la que se indica que, de todos modos deberán ser incluidos los factores sobre los cuales se efectuaron o debían efectuarse aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, sustentado en el artículo 1º de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho; igualmente, se encuentra el artículo 48 ibídem, que enmarca la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley, por lo que, la interpretación de la norma que más se ajusta ese principio es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.



13-001-33-33-008-2017-00185-01

En ese sentido, en palabras del Consejo de Estado²¹, determinó en la segunda subregla jurisprudencial del régimen del IBL:

"100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

(...)

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia." (Subrayado fuera del texto)

Y concluye que, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

En ese orden de ideas, tenemos que, mediante Decreto 1272 de 9 de junio de 2015, el gobierno "crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media (...)" en la que se estipula en su artículo 1º que se reconocerá a partir del 1º de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de dicho año, seguido señala que "La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto, se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes".

Entonces, como en el proceso, se encuentra acreditado que el demandante devengó la bonificación mensual en el último año de servicio, en los meses de octubre, noviembre y diciembre del año 2015²², deberá liquidarse de manera proporcional al año comprendido entre el 5 de octubre de 2015 al 4 de octubre de 2016, fecha esta, en la que el actor adquirió el status pensional. Igualmente a folio 15 y vto, donde milita la Resolución acusada, se denota que en la relación de factores a liquidar no se tuvo en cuenta dicha bonificación; por lo que deberá ser incluida en aras de no desconocer el derecho del demandante

²¹ Sentencia SU del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 52001-23-33-000-2012-00143-0, M. P: César Palomino Cortés

²² Fol. 17 Cdno 1.



13-001-33-33-008-2017-00185-01

frente a la bonificación mensual y porque se debían haber realizado los debidos aportes.

No obstante, la Sala observa que en el acto de reconocimiento pensional la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación, la prima de vacaciones 1/12, la prima climática, prima de escalafón y la prima de grado, factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven de base para calcular los aportes y por tanto conforman la base de liquidación. Sin embargo, el acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido al demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad. El acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

7.8. Conclusiones.

Por lo expuesto, el demandante no tiene derecho a que se le reliquide la pensión con la inclusión los factores salariales devengados durante el último año de servicio tales como la prima de navidad y la prima de servicios, puesto que, al ser cobijado por el régimen establecido en la Ley 91 de 1989 y el de servidores públicos de la Ley 33 de 1985, los factores salariales permitidos son los que esta última contiene en su artículo 3 o sobre los que efectivamente se realizaron cotizaciones o se debieron realizar, como ocurre para el caso de la bonificación mensual, de la cual por ser de origen legal y estar obligada la demandada a realizar los respectivos aportes, será reconocida en la presente providencia.

Por lo anterior, **REVOCARÁ** la sentencia apelada del 23 de abril de 2017 que negó las pretensiones de la demanda, y se accederá parcialmente a estas en lo atinente a reconocer la inclusión como factor salarial de la bonificación mensual.

VII.- COSTAS -

De conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, la Sala se abstendrá condenar en costas al demandante, toda vez que el recurso le es parcialmente favorable, al haberse reconocido el factor salarial de bonificación mensual.

IX.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,



13-001-33-33-008-2017-00185-01

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 23 de abril de 2018, proferida por el Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO: En consecuencia, declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 160 del 3 de febrero de 2017 mediante la cual se reconoce la pensión de jubilación a favor del señor LUÍS AGÁMEZ ALMAZO, sin tener en cuenta todos los factores salariales cotizados o sobre los que se debían haber cotizado, que sirven de base al IBL.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se dispone 1) Se ordena a la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio a reliquidar la pensión de jubilación del señor LUÍS AGÁMEZ ALMAZO, a partir del 5 de octubre de 2016, fecha en cual la demandante entró a gozar de su pensión de jubilación, con una base de liquidación del 75%, incluyendo como factor salarial la bonificación mensual, devengada durante el último año de servicio; y 2) se condena al pago de las diferencias causadas en las mesadas pensionales como consecuencia de la reliquidación ordenada en esta providencia a partir del 05 de octubre de 2016 ya que no hay lugar a prescripción.

CUARTO: No condenar en costas, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

QUINTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 59 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE



13-001-33-33-008-2017-00185-01

frente a la bonificación mensual y porque se debían haber realizado los debidos aportes.

No obstante, la Sala observa que en el acto de reconocimiento pensional la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación, la prima de vacaciones 1/12, la prima climática, prima de escalafón y la prima de grado, factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven de base para calcular los aportes y por tanto conforman la base de liquidación. Sin embargo, el acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido al demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad. El acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

7.8. Conclusiones.

Por lo expuesto, el demandante no tiene derecho a que se le reliquide la pensión con la inclusión los factores salariales devengados durante el último año de servicio tales como la prima de navidad y la prima de servicios, puesto que, al ser cobijado por el régimen establecido en la Ley 91 de 1989 y el de servidores públicos de la Ley 33 de 1985, los factores salariales permitidos son los que esta última contiene en su artículo 3 o sobre los que efectivamente se realizaron cotizaciones o se debieron realizar, como ocurre para el caso de la bonificación mensual, de la cual por ser de origen legal y estar obligada la demandada a realizar los respectivos aportes, será reconocida en la presente providencia.

Por lo anterior, **REVOCARÁ** la sentencia apelada del 23 de abril de 2018 que negó las pretensiones de la demanda, y se accederá parcialmente a estas en lo atinente a reconocer la inclusión como factor salarial de la bonificación mensual.

VII.- COSTAS -

De conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, la Sala se abstendrá condenar en costas al demandante, toda vez que el recurso le es parcialmente favorable, al haberse reconocido el factor salarial de bonificación mensual.

IX.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,



13-001-33-33-008-2017-00185-01

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 23 de abril de 2018, proferida por el Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO: En consecuencia, declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 160 del 3 de febrero de 2017 mediante la cual se reconoce la pensión de jubilación a favor del señor LUÍS AGÁMEZ ALMAZO, sin tener en cuenta todos los factores salariales cotizados o sobre los que se debían haber cotizado, que sirven de base al IBL.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se dispone 1) Se ordena a la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio a reliquidar la pensión de jubilación del señor LUÍS AGÁMEZ ALMAZO, a partir del 5 de octubre de 2016, fecha en cual la demandante entró a gozar de su pensión de jubilación, con una base de liquidación del 75%, incluyendo como factor salarial la bonificación mensual, devengada durante el último año de servicio; y 2) se condena al pago de las diferencias causadas en las mesadas pensionales como consecuencia de la reliquidación ordenada en esta providencia a partir del 05 de octubre de 2016 ya que no hay lugar a prescripción.

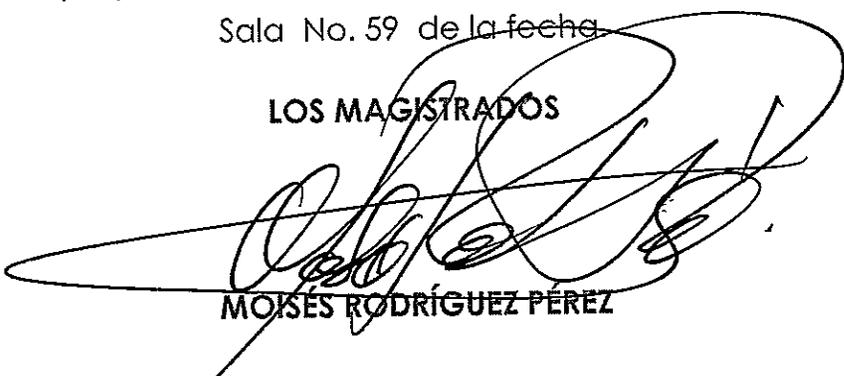
CUARTO: No condenar en costas, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

QUINTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 59 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

